SEÑOR PRESIDENTE.- Habiendo número, está abierta la sesión.

(Es la hora 14 y 42 minutos.)

SEÑOR ROSADILLA.- ¿Me permite, señor Presidente? Debo excusarme con los integrantes de la Comisión porque en pocos minutos me retiraré a fin de asistir al homenaje que se realizará al cumplirse un año de la muerte del ex Subsecretario de Defensa Nacional, Gabriel Castellá, con quien compartí tareas cuando me desempeñé como Ministro. Si me hubiera enterado de esta instancia con antelación, habría solicitado la presencia de mi suplente. Obviamente, si la Comisión está en condiciones de continuar sesionando, regresaré a Sala.

SEÑOR PRESIDENTE.- De acuerdo, señor Senador.

Dese cuenta de los asuntos entrados.

(Se da de los siguientes:)

"Nota del Banco de Previsión Social, de fecha 27 de marzo de 2012, en respuesta a lo solicitado por Nota Nº 82/11, de 7 de diciembre de 2011, por la cual solicita se informe sobre el número de personas que se encuentran en la situación a que se refieren los señores integrantes de la Agrupación de Obreros y Familiares de la ex Textil Ferrés."

–Antes de ingresar en la consideración del primer punto del Orden del Día, la Mesa informa que en la tarde del día viernes, después de que enviamos la citación de la Comisión, el señor Ministro Bonomi llamó para excusarse por no poder venir en el día de la fecha, por lo que fijamos su visita para el martes próximo. Solicité que se hiciera la comunicación pertinente al señor Senador Moreira, que fue quien pidió la convocatoria, y también que se corrigiera la citación que figura en la página web.

Ingresamos en la consideración de la Carpeta Nº 768/2011: "Declaración Judicial de Concurso y Reorganización Empresarial. Se interpreta el artículo 68 de la Ley Nº 18.387, de 23 de octubre de 2008. Mensaje y proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo (Distribuido Nº 1222/2012)".

Tenemos a disposición la versión taquigráfica de la sesión en que se trató el tema, como también el texto sustitutivo propuesto por el señor Senador Gallinal y la redacción sustitutiva enviada por el Ministerio de Economía y Finanzas en el día de ayer. Consultamos al señor Senador Gallinal si el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo contempla lo oportunamente planteado.

SEÑOR GALLINAL.- Me parece que este nuevo artículo abarca todos los temas que es necesario interpretar y definir en la ley. En consecuencia, por lo menos en lo personal me allano a la disposición enviada por el Poder Ejecutivo.

SEÑOR PRESIDENTE.- Si no se hace uso de la palabra, se va a votar el proyecto de ley.

(Se vota:)

–5 en 5. **Afirmativa.** UNANIMIDAD.

La Presidencia propone al señor Senador Gallinal como Miembro Informante.

(Apoyados.)

–Queda designado, pues, el señor Senador Gallinal.

SEÑOR GALLINAL.- Como recordarán los señores Senadores, en su oportunidad se habló sobre la posibilidad de hacer una consulta a las cátedras, a efectos de evitar inconvenientes. Incluso, se planteó la eventualidad de tomarnos una semana más para la consideración del tema, a los efectos de recibir esas opiniones.

SEÑOR PRESIDENTE.- La Comisión aclara que las consultas se hicieron por nota y las respuestas aún no llegaron. La idea es que esta iniciativa ingrese a consideración del Senado el martes próximo. Por lo tanto, si de aquí a esa fecha no se cuenta con las respuestas, o llega información que genera dudas, naturalmente aplazaremos la consideración del tema; en todo caso, se tomará la decisión de esperar para aprobarlo en el Plenario. De todas maneras, este asunto todavía deberá ser tratado en la Cámara de Representantes, por lo que se podrían enviar las notas de las diferentes cátedras.

SEÑOR GALLINAL.- Solicito que el señor Presidente se ponga en contacto con el profesor Ricardo Olivera, que está en la Cátedra de la Udelar. Tengo conocimiento de que tuvo participación en la ley; en consecuencia, en nombre de la cátedra o junto con sus integrantes, podrá emitir una opinión que seguramente será muy representativa.

SEÑOR PRESIDENTE.- En definitiva, en el día de hoy la Presidencia enviará al doctor Olivera el texto aprobado en esta sesión y mañana lo llamará a efectos de conocer su opinión. Es posible que este artículo tenga algo de su mano, ya que estuvo presente a la hora de elaborarse el proyecto de ley original.

Hay algunos aspectos de redacción –como en el caso de los números– que serán corregidos por Secretaría.

Corresponde ahora considerar el segundo punto del Orden del Día: “Carpeta Nº 571/2011. Legítima Defensa. Se modifica el artículo 26 del Código Penal. Proyecto de ley con exposición de motivos presentado por el señor Senador Francisco Gallinal. (Distribuido Nº 800/2011)”.

SEÑOR GALLINAL.- Creo que el instituto de la legítima defensa tiene una extensa tradición en el Derecho nacional y en el Comparado y realmente necesita adaptarse, tal como sucede con otros institutos que tienen una larga vigencia.

Las realidades van cambiando y los mismos pronunciamientos judiciales demuestran que a veces hay diversidad de criterios para encarar hechos que, aparentemente, son de características similares. En consecuencia, pensamos que puede ser muy bienvenida una nueva redacción para fijar las condiciones en las que se puede aplicar este instituto.

El proyecto de ley que hemos presentado cuenta con dos elementos principales, ya que en la legítima defensa hay que tener en cuenta fundamentalmente dos temas, que merecen ser estudiados y, a nuestro juicio, modificados.

El primer punto –que puede generar mayor apoyo– es el relativo a la condición del lugar, ya que la legítima defensa puede darse en el hogar, pero también en cualquier circunstancia o lugar físico. Así como un día nos dimos cuenta de que restringir la legítima defensa a la noche era una limitante propia de otro tiempo –hoy, lamentablemente, se delinque a toda hora y no se recurre con tanta frecuencia a la protección de la oscuridad–, y se cambió esa condicionante, pensamos que la del lugar también debe ser modificada. Por eso en el proyecto de ley se la amplía, llevándola a las dependencias de trabajo –al trabajo mismo–, pensando que se puede ir aún más lejos y eliminando la condición del lugar porque, repito, la legítima defensa –y creo que en esto concordamos todos– se puede concretar en cualquier momento. Justamente, antes del comienzo de esta sesión intercambiábamos opiniones a este respecto y nos pronunciábamos en ese sentido, sin que ello significara un adelanto de opinión sobre el proyecto.

El segundo aspecto a tener en cuenta tiene que ver con una vieja condición que se establece en el artículo respectivo del Código Penal, donde se expresa que la defensa debe ser proporcional al ataque que se recibe. Siempre se pone como ejemplo el caso extremo de una persona que es agredida

verbalmente, en cuyo caso la respuesta nunca podrá ser matar, porque allí hay una desproporción manifiesta. Entonces, nuestro Código exige esa proporcionalidad, pero en términos que consideramos deben ser cambiados. Antes, las posibilidades de que se concretara un homicidio estaban limitadas, generalmente, a la ferocidad del ataque que se cometía, ya fuera en ocasión de una rapiña o de cualquier otro delito. Sin embargo, hoy eso ya no es así. Todos los días recibimos la noticia de que por una mera rapiña, de poca entidad, muere una persona. Por tanto, sugerimos un criterio en función del cual se tenga presente la forma en que recibe la agresión la persona que es víctima. Porque, además, la reacción es producto de la preocupación y el estado de alarma que genera el ataque que se está recibiendo.

Este sería, en pocas palabras, el resumen del proyecto de ley.

No considero que esto represente el gatillo fácil, o legítima defensa para todo el mundo; en realidad, creo que se abre un espacio para dar al Juez una mayor flexibilidad al momento de la aplicación de la norma. En el transcurso de los últimos tiempos hemos visto que algunos casos que a nuestro juicio podrían ser notoriamente de legítima defensa, no fueron amparados como tales como consecuencia de que no se llegaba a cumplir estrictamente con la condición que exige el artículo en cuestión. Por tal razón sugerimos esta redacción, pero estamos abiertos a analizar otras que puedan surgir, que den aún mayores garantías. Creemos que esos son los dos cambios que habría que introducir. Si cambiáramos el primero sería un paso importante, aunque no haríamos otra cosa que legislar de acuerdo con la realidad, y pensamos que es necesaria la modificación del segundo, porque es condicionante. De todos modos, sabemos que esta modificación genera mayores discrepancias que la primera.

Como este proyecto de ley fue presentado hace unos cuantos meses –al comienzo de la Legislatura-, solicité que la Comisión emitiera algún pronunciamiento en el transcurso del mes de abril o, en su defecto, que lo elevara al Senado para su definición. Desde luego que lo mejor sería ir al Senado con un pronunciamiento y si es con la presentación de un nuevo texto, mejor todavía. En nuestra opinión, es necesario legislar en la materia rápidamente. Quiero aclarar que la presentación de este proyecto de ley no fue una respuesta al grito de la tribuna, como muchas veces se dice, sino que se presentó antes de que sucedieran los hechos de notoriedad que lamentablemente ocurrieron en el transcurso de los últimos meses. Los señores Senadores saben que en más de una oportunidad manifestamos que existen sentencias dispares, y quizás hasta contradictorias. Ese también es un dato que merece nuestra atención.

SEÑORA MOREIRA.- He realizado algunas consultas sobre el proyecto de ley del señor Senador Gallinal y como resultado de ellas tengo algunas objeciones a su fundamentación.

Voy a formular estas consideraciones muy brevemente, porque si el proyecto se comienza a tratar, solicitaré que citemos a la Comisión a algunos penalistas. De todas maneras, quería hacer algunas apreciaciones iniciales.

Tengo objeciones sobre la forma en que se fundamenta en el primer párrafo de la exposición de motivos, donde se cita el aumento de los índices de criminalidad y el incremento de la violencia empleada en la comisión de delitos contra la propiedad, tanto en domicilios particulares como en establecimientos comerciales. La primera objeción que quiero plantear es que no aparecen datos empíricos objetivos sobre estos índices de criminalidad o el incremento de la violencia empleada en la comisión de delitos. Dado que es una propuesta normativa, debería tener un fundamento empírico de otra naturaleza, es decir, debe tener un respaldo científico.

La segunda cuestión es que en la exposición de motivos se habla de que la situación obliga a agudizar la imaginación de los gobernantes con el propósito de dotar al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial de nuevos instrumentos que les permitan combatir la delincuencia con mayor efectividad. Consideramos que la respuesta normativa a los problemas sociales –al menos en este ámbito- no es cuestión de imaginación de los gobernantes, sino de elegir una opción dentro de un conjunto de propuestas fundamentadas académica y racionalmente.

La tercera consideración que quiero realizar es un poco subjetiva. Me parece que la propuesta es ostensiblemente una crítica al Gobierno. Señala que la protección del ciudadano no está a la altura de las circunstancias y habla de que si la actitud del Gobierno no cambia y se mantiene la pasividad o la falta de decisión o de actitud que se han criticado en los últimos años, de nada valen las herramientas, etcétera.

Sin embargo, hay aspectos de la propuesta que me parecen atendibles como, por ejemplo, extender la legítima defensa presunta a toda la jornada –no solo a la noche– y hacerla extensiva a los locales de cobranza, de comercio, de ventas y talleres de trabajo.

Otro punto que quiero señalar es que ya hay un proyecto de ley de reforma del Código Penal que presenta algunas modificaciones y ahora tenemos esta nueva propuesta con otras distintas. Obviamente, nosotros consideramos que debemos acometer la reforma del Código Penal en su conjunto y esta propuesta del señor Senador Gallinal introduce elementos de modificación parcial, pero igualmente estimo que debemos leerlo y estudiarlo. En ese sentido, tendría algunas apreciaciones para realizar sobre varios artículos como, por ejemplo, el 1º, que habla de "la convicción objetivamente fundada".

Por lo expuesto, entiendo que si la Comisión quiere comenzar con el estudio de este proyecto de ley debería recibir la opinión de quienes trabajaron en la reforma del Código Penal.

SEÑOR PASQUET.- Creo que los problemas que pretenden resolverse mediante este proyecto de ley son reales. Puede haber alguna diferencia de matiz en cuanto a la manera de presentarlos, pero la exposición de motivos refleja una realidad que me parece alarmante.

Sin embargo, no voy a referirme a la exposición de motivos sino que me ceñiré al texto propuesto. Francamente, no puedo acompañar la iniciativa por razones que, en buena medida, expresa el doctor Langón en la consulta que le solicitamos y que considero son atendibles. Ahora bien, independientemente de la autoridad del profesor Langón y examinando la iniciativa con mi propio criterio, observo que se encara la cuestión –que todos sabemos es muy ardua y difícil– de la congruencia que debe existir entre el medio empleado para la defensa –que el proyecto de ley a estudio de la Cámara de Representantes define como la acción defensiva– y las circunstancias en las cuales ésta se cumpla. Aquí hay una ponderación, y tiene que haberla en todos los casos porque el Juez tiene que ver la circunstancia del caso concreto y concluir si quien se defendió lo hizo de manera racional, razonable, esto es, si la acción defensiva estuvo en armonía con la amenaza o la aparente amenaza. En ese sentido, la casuística es infinita. Puede haber casos en los que sea evidente que la proporción existe, y otros en los que suceda lo contrario. Fatalmente, siempre dependemos de la decisión judicial y no hay manera de zafar de la apreciación que debe hacer el Juez, quien se puede equivocar. Ahí aparecen los casos que provocan alarma o indignación en la opinión pública. A veces va preso alguien que la opinión pública entiende que no debería ir porque hubo legítima defensa, y otras no va alguien que la gente entiende que debería ir porque no advierte que haya habido legítima defensa. Así estamos en la discusión de siempre sobre los fallos judiciales, que muchas veces son polémicos, máxime en este tipo de temas donde está en juego la comisión de un delito, que puede ser el de homicidio, pero también el de lesiones graves o lo que fuere. A veces son homicidios, es decir, circunstancias dramáticas frente a las que la gente se apasiona, toma partido y discute la decisión del Juez, pero siempre tenemos que ir a esa decisión, salvo en hipótesis especialísimas de presunciones a las que me voy a referir después. El régimen general es así y creo que la propuesta de modificación del literal b) del numeral 1º del artículo 26 no nos libera de esa necesidad de que el Juez resuelva la cuestión. ¿Por qué? Porque los términos que se emplean cuando se dice: "la convicción objetivamente fundada de quién se defiende", contienen en ellos mismos la dificultad o el problema, lo que resulta lógico ya que advierto que el autor del proyecto busca una solución equilibrada. No apunta al "gatillo fácil" ni nada por el estilo, sino que lo que busca es equilibrar. Por un lado está la convicción del que se defiende, pero no es cualquier convicción, porque no basta con que se defienda, vaya al Juzgado y diga: "Yo me defendí porque entendí que mi vida o la de mis familiares estaba en peligro. Lo sentí así y actué en consecuencia". No basta con decir eso para que su acción quede justificada, y no es eso lo que dice el proyecto; es necesaria la convicción objetivamente fundada. A mi juicio este giro está bien, porque no basta con que el individuo diga que sintió miedo y que creyó que su vida estaba en peligro; además, tiene que decir en qué elementos objetivos se fundó en esa circunstancia para llegar a esa conclusión. Si el Juez entiende que no había elementos objetivos fundantes de ese temor, de esa

aprensión o de esa apreciación que la persona hizo de la circunstancia en la que se encontraba, no se configurará la legítima defensa.

De esta manera estamos otra vez en el punto de partida: en la apreciación de la necesidad racional del medio empleado. ¿Era racional y razonable que se acudiera al medio que se utilizó o no lo era? Eso lo tiene que decidir el Juez. En este caso resolverá si la convicción de la persona –que descontamos alegará, como ocurre en todos los casos, y dirá que estaba convencida de que tenía que defenderse– estaba objetivamente fundada. Para ello seguramente no bastará con indicar cualquier elemento objetivo, porque si el indagado dice que sintió temor porque vio que el atacante blandía un revólver de juguete, abrió fuego y lo mató, el Juez no se va a conformar con esa alegación. Aunque la existencia de un revólver de juguete en el lugar de los hechos fuera un elemento objetivo y que pudiera comprobarse, el Juez dirá que ello no fue suficiente para que sobre él se construyera la sensación de temor ante un daño quizás mortal, y no entenderá que para ese caso se configura legítima defensa. El elemento objetivo que se reclamará será algo más, algo que pueda estimarse realmente peligroso para quien debió defenderse. En la estimación de si había peligro o no, de si más allá de que si había un elemento objetivo concreto, las circunstancias pudieron haber producido en la persona que se defendía un temor serio, estamos ante una decisión judicial y no estamos cambiando nada respecto al punto de partida. Si no vamos a cambiar –ya que es muy difícil hacerlo– porque siempre estamos entre “Escilla y Caribdis”, entre la circunstancia concreta y la acción defensiva, dejemos las cosas como están.

En cuanto a la primera parte de la modificación propuesta, entiendo que no se modifica en nada el panorama normativo actual y por eso no soy partidario de acompañarla. La segunda modificación que se propone es la extensión de una presunción. El régimen general dice que para que se configure la legítima defensa deben reunirse tres requisitos: la agresión ilegítima, la necesidad racional del medio empleado y la falta de provocación suficiente; quien alegue el acaecimiento de estos extremos deberá probarlo, porque ese es el principio general. Si digo que maté porque me estaba defendiendo, debo probar que fui agredido ilegítimamente, que realmente tuve necesidad de recurrir al medio que utilicé y que no provoqué la agresión. Quiere decir que la carga de la prueba corre por mi cuenta.

Seguidamente, el Código vigente determina una presunción al establecer: “Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que defiende la entrada de una casa habitada o de sus dependencias, o emplea violencia contra el individuo extraño a ella, que es sorprendido dentro de la casa o de las dependencias”. Esta es una presunción, o sea que una vez que se determina que se utilizó violencia contra un individuo que se encontraba dentro de una casa habitada o de sus dependencias, no importa si el individuo fue abatido durante el día o la noche –para utilizar el lenguaje policial; a eso se hacía referencia en la redacción original del Código Penal, que fue modificada hace años; ahora ya no se requiere la nocturnidad–; en esas condiciones comienza a operar la presunción y quien alega la figura de la legítima defensa no tiene que probar los tres elementos que mencioné: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación suficiente, porque todo eso se presume. La doctrina mayoritaria entiende que la presunción admite prueba en contrario; quiere decir que si se llegara a demostrar que las tres circunstancias mencionadas no se configuraron, caería la causa de justificación alegada, pero eso correrá por cuenta de quien pretenda desvirtuar la defensa. Esta defensa se cumple cuando el individuo comunica que actuó porque la persona extraña estaba dentro de su casa o de sus dependencias –no importa si fue de día o de noche– y alcanza con probar esa circunstancia objetiva para que deba presumirse la verificación de los otros tres extremos antes mencionados. Así funciona el régimen actual, y la modificación propuesta extiende la presunción para quien defiende de igual forma cualquier local de comercio, industria o similar contra el que penetre o trate de penetrar con violencia o amenazas. No escapa a nadie que esta propuesta surge en las circunstancias actuales, en las que industriales, comerciantes o quienes tienen algún local, taximetristas, conductores de ómnibus y vecinos en general protestan a diario por la inseguridad, los arrebatos y las rapiñas. Pero esta es la realidad actual que justifica la necesidad de presentar este proyecto.

En mi opinión, estamos yendo demasiado lejos al establecer esta presunción para defender la entrada a locales comerciales o industriales que pueden no estar habitados. Una cosa es defender el hogar, la morada, el lugar donde vive una familia, como establece la redacción actual cuando menciona que la casa tiene que estar habitada para que pueda operar la presunción. Esto justifica la norma porque se está defendiendo una casa de familia en la que vive gente y donde aparece un individuo

extraño. Reitero: esto justifica la presunción. Pero lo que se nos propone es extender la presunción a aquellos casos en los que no se está defendiendo una casa de familia ni una casa habitación sino un local comercial o industrial que puede no estar habitado. Estamos hablando, por ejemplo, de un caso en el que el sereno ve a alguien que quizás esté ejerciendo violencia contra la cerradura de la puerta y, entonces, abre fuego contra él provocándole la muerte, por lo que se presume legítima defensa. Es muy difícil, si no había alguien en los alrededores, desvirtuar la presunción.

En definitiva, me parece que esto puede generar situaciones peligrosas y no deseadas, además de prestarse a una utilización indebida por no ser un medio de legítima defensa sino un elemento que habilite cualquier exceso.

En consecuencia, sin dejar de reconocer lo difícil y espinoso de este punto, quiero aclarar que en estas condiciones no estaría dispuesto a acompañar la iniciativa.

SEÑOR MOREIRA.- Creo que este es un tema de rigurosa y absoluta actualidad. Si uno consultara a la inmensa mayoría de los uruguayos, todos estarían de acuerdo en que habría que modificar alguna norma con respecto a esta cuestión de la legítima defensa, que está en la polémica pública a diario. En el día de ayer escuché al señor Ministro del Interior referirse a que en la actualidad se registran cifras récord de homicidios en Uruguay e incluso recuerdo que hizo alusión al Gobierno del Partido Nacional y habló de 49 en el trimestre cuando ahora tenemos 88. Es más; discrimina los homicidios, lo que nunca había escuchado. Según el señor Ministro los podemos catalogar en, por ejemplo, relaciones interpersonales, violencia doméstica, legítima defensa, delincuentes abatidos y demás. En fin, parece que ahora hay subgrupos de homicidios.

En definitiva, pienso que plantear este tema en forma seria enriquece la discusión porque este es un proyecto en serio. Además, si uno acude a la crónica policial verá que revela que muchos de esos episodios se dan en locales comerciales y no en domicilios particulares. La gran mayoría de la activación de los mecanismos de autodefensa y de la consideración judicial respecto de si existió o no legítima defensa, se da en episodios de rapiñas en locales comerciales. Las rapiñas generalmente se dan a transeúntes en las calles o en locales comerciales donde se activan esos mecanismos, fundamentalmente en aquellos locales de comerciantes humildes que ven que el fruto de su trabajo se va a perder. Es entonces en estos casos donde se llevan a cabo distintos pronunciamientos judiciales aunque, sin duda, ha habido una evolución de la jurisprudencia en esta materia porque antes los Jueces eran mucho más rigurosos a la hora de determinar que existió legítima defensa o que se dieron todos los elementos del artículo 26. Insisto, si se analizan los diferentes casos se puede deducir que la situación se ha flexibilizado bastante. Antiguamente, muchas de estas personas sobre las que hoy se dispone legítima defensa, hubiesen sido procesadas y privadas de su libertad.

Por lo tanto, ya que la propia tendencia jurisprudencial se ha modificado por imperativo de la realidad, y eso es así, me parece que ha llegado el momento de modificar las normas. Admito que puede haber distintas opiniones –como manifestaba el señor Senador Pasquet– y que luego este artículo pueda dar lugar a una apreciación del Juez que establezca que esa condición no se basó en la realidad, pero me parece adecuado extender la presunción a los locales comerciales porque es el escenario donde se da la mayoría de estos mecanismos de legítima defensa o de autodefensa.

SEÑOR PRESIDENTE.- Pero la presunción no determina que exista legítima defensa.

SEÑOR MOREIRA.- Pero se trata de una presunción que juega a favor de aquel que se defiende, no del delincuente que va a perpetrar la rapiña. Por lo tanto, me parece que hacer más abarcativa la presunción está de acuerdo con la realidad de nuestros días. Esto no implica una invitación a que la gente se arme ni nada por el estilo –en este sentido está sentada una polémica–, pero cuántos asaltos y rapiñas terminan hoy en homicidios que no tienen racionalidad alguna: el delincuente viene a robar y mata e, incluso, mata sin robar porque está drogado o sostiene conductas que son absolutamente irracionales. Por lo tanto, medir con diferente vara lo que puede ser el hogar o la casa y su dependencia con un local comercial, especialmente en muchos barrios del área metropolitana no me parece adecuado porque creo que el peligro está más presente en los locales comerciales o industriales que en los propios domicilios.

SEÑOR PASQUET.- Quizá en su redacción actual el proyecto de ley no contemple tampoco la mayoría de las situaciones de las que prensa informa y que se registran en locales comerciales industriales. Por lo general, el delincuente ingresa sin violencia y una vez que está adentro de pronto hace una compra o finge que está dispuesto a hacerla y recién entonces –y vuelvo al lenguaje del parte policial– extrae de entre sus ropas un arma con la cual amenaza. Pero la hipótesis de penetración con violencia o amenazas no es de las más frecuentes ni en los casos más sonados que se han dado últimamente de comerciantes que se han defendido, procesados o no, pero que han causado una muerte en el interior de esos locales.

SEÑOR MOREIRA.- En realidad, se dice que también se considerará que concurren tales circunstancias respecto del que defiende de igual forma cualquier local de comercio o instituciones similares contra el que penetre o trate de penetrar con violencia o amenazas. Normalmente la modalidad es desenfundar armas, ponerse una gorra para que no lo reconozcan las cámaras y robar. Ahí la acción temporal es prácticamente simultánea. Es común que quienes van a cometer estos delitos lo hagan armados. El grado de irracionalidad es tal que vemos conductas que no existían. Antes había muchos delincuentes profesionales; ahora la mayoría son adictos que actúan con una violencia absolutamente irracional. Entonces, me parece que hacer más abarcativa la presunción sería buena cosa.

Por otra parte, estoy de acuerdo con la señora Senadora Moreira en que sería conveniente invitar a gente que ha opinado sobre el proyecto de reforma del Código Penal, porque este tema está todos los días en la agenda diaria, y más en estos tiempos en que, reitero, el propio Ministro del Interior se encarga de decir que hay homicidios en diferentes modalidades. Esto responde a la activación de esos mecanismos de autodefensa.

SEÑOR DA ROSA.- Creo que en la sustancia de la cuestión, el proyecto del señor Senador Gallinal apunta a una realidad que, como decía el señor Senador Moreira, es incontrastable y nos golpea todos los días. Es un hecho que el problema de la delincuencia se ha ido agravando. No voy a entrar en consideraciones acerca de hasta dónde esto es responsabilidad del Gobierno, pero es evidente que los tiempos van cambiando y que tenemos hoy una sociedad más violenta. De esto creo que no hay dudas; me parece que en general está más allá de la posición política que cada uno pueda sostener.

Los tiempos van cambiando también en cuanto a las modalidades delictivas. En este sentido, en parte entiendo el razonamiento del señor Ministro cuando clasifica diferentes tipos de homicidios. Hace veinte años los homicidios por violencia doméstica eran muy excepcionales; hoy, lamentablemente, forman parte de los informativos casi todas las noches. Entonces, las realidades van teniendo matices, diferencias, y eso naturalmente tiene que reflejarse en las normas.

Por eso digo que en lo sustancial, en lo material, en lo que apunta a la cuestión de hecho, a la cuestión fáctica, el proyecto del señor Senador Gallinal plantea un tema muy interesante y de actualidad. En este sentido, reitero que concuerdo con la señora Senadora Moreira cuando plantea la invitación a un penalista –ya tenemos la opinión de uno, pero se podría invitar a algún otro–, y creo que sería interesante escuchar también la opinión de algunos Jueces en materia penal, porque ellos son los que aplican las normas. El tema de la legítima defensa es muy delicado, porque desde que estudiamos Derecho Penal sabemos que este instituto se consagró a los efectos de quitar el carácter delictivo a la acción de una persona que repele una determinada agresión y, en función de eso, causa un daño –por ejemplo, la muerte o una lesión grave– en otra persona. Es decir que, como hubo una agresión previa, la ley contempla la situación. Pero es un tema muy delicado. Por eso la ley exige, como elemento central, la adecuada racionalidad o proporcionalidad de la respuesta, porque si, por ejemplo, alguien me amenaza con un cuchillo y yo le pego un tiro, es evidente que hay una disparidad en la acción de uno y de otro. Ese es un elemento muy importante a tener presente.

Ahora bien, es claro que aquí estamos hablando del tema de la presunción; es decir que, tal como decía el señor Senador Pasquet, en determinadas circunstancias que consagra el Código –estamos hablando de encontrar a una persona en la morada, en el hogar, que pretende accionar o delinquir, o que está violando el domicilio–, se presumen los elementos que componen la llamada legítima defensa.

También es verdad que hoy en día muchos de los elementos de las agresiones que se cometen tienen lugar, precisamente, en centros comerciales. El tema está en analizar hasta dónde podemos darle carta blanca –por decirlo así– a la existencia de la presunción para que no se convierta en algo demasiado peligroso. Por este motivo considero que el tema es muy delicado y creo que escuchar la opinión de un par de jueces es importante porque, al fin de cuentas, serán ellos quienes juzgarán y analizarán el delicado límite final entre una situación y otra.

En definitiva, creo que es muy importante escuchar la opinión de gente con cierta experiencia en el tema, con algunos años en el ejercicio de la judicatura en materia penal, a los efectos de considerar hasta dónde se puede ir en este tema. Tanto en lo material como en lo sustancial, coincido en cuanto a la preocupación y el problema planteado; la cuestión es hasta dónde se puede extender esa presunción y cuáles son los delicados límites que se debe tener en cuenta.

SEÑOR GALLINAL.- Me parece que el señor Senador Da Rosa puso, justamente, el ejemplo genérico –no me refiero a ningún ejemplo específico, porque si entráramos a hablar de los casos concretos habría multiplicidad de opiniones al respecto– que plantea mayores dificultades. Él decía –y creo que podríamos llegar a compartir el razonamiento si abundamos un poco más en esa línea– que no hay legítima defensa si quien es agredido con un cuchillo responde con un balazo. Considero que esto es relativo si quien responde con un balazo siente el temor de que su vida esté en juego; a la luz de la realidad, vemos que en el transcurso de los últimos tiempos se han dado casos de menores que con una pequeña navaja terminan segando la vida de la víctima por el solo hecho de llevarse unos pocos –o aunque fueran muchos– pesos.

Ese es el tema central en el que, a mi juicio, se necesita una mayor laxitud porque lo que actualmente establece el Código termina conspirando en contra de quien se defiende.

Agrego algo más: creo que el tema de la presunción es muy importante y, más concretamente, referido a lo que expresaba el señor Senador Pasquet: la presunción, en tanto existe, opera a favor de la víctima y, en tanto no existe, opera a favor del delincuente. Se podrá establecer –¡claro que sí!– que tenga que estar ocupado el lugar de trabajo; nosotros estamos totalmente abiertos a introducir en el proyecto de ley todas las modificaciones que se consideren convenientes, pero la presunción es un elemento muy importante, repito, al igual que lo son las señales que se envían a través de la legislación que se aprueba o se deja de aprobar, de las acciones que el Ministerio del Interior o el Poder Ejecutivo desarrollan o no, o de la actitud que el sistema adopta –o deja de adoptar– frente a la delincuencia. Si estas señales son recibidas positivamente por la población, serán recibidas negativamente por la delincuencia, y viceversa.

Entonces, me parece que muchas veces se hace el campo orégano para que se cometa una cantidad de delitos importantes.

La señora Senadora Moreira cuestionaba que yo no he demostrado empíricamente el aumento de la delincuencia, pero pensé que estábamos hablando de una realidad compartida y que todos teníamos la misma visión, ya que es posible que aquí haya quienes no compartan la idea de cambiar el marco de la legítima defensa pero sí coincidan en hacer responsables a los menores y, más aún, en que eso se haga a través de la Constitución de la República. En los últimos días el Ministro del Interior ha dicho que se ha incrementado la violencia, pero hay una diferencia con lo que yo expresé en una parte de la exposición de motivos, y es que él no lo asume como una responsabilidad de Gobierno. Por un lado, dije que la violencia ha ido en aumento en el mundo y en el país, desde antes de que el Frente Amplio fuera Gobierno y, por otro, digo que, por más instrumentos que se le den al Gobierno, si no asume su responsabilidad y actúa, estos no servirán. El señor Ministro ha expresado que la intolerancia social es un factor que ha influido; se podrá discrepar o no con ese concepto, pero en el fondo coincide con nuestras apreciaciones de que la violencia se ha visto incrementada en el transcurso de los últimos años.

Por tanto, creo que es muy sano que se discuta el tema y se reciban opiniones. Adelanto que conozco la posición de las cátedras y me animaría a decir que, por unanimidad, van a estar en contra porque esa es la historia del Derecho Penal. A su vez, ya que vamos a contar con la presencia del señor Ministro en la próxima sesión de la Comisión, si el señor Senador Moreira no tiene

inconveniente, me gustaría incluir este tema; si no, lo convocamos a estos efectos en otra oportunidad, porque reconozco la dimensión del problema planteado por el señor Senador Moreira.

SEÑOR MOREIRA.– No hay una vinculación con este tema.

SEÑOR GALLINAL.- Me parece que vamos a necesitar la opinión del Gobierno, que es el que debe repeler la actividad delictiva y, además, conoce más de cerca los casos porque cuenta con elementos fácticos que la opinión pública no conoce. Entonces, a la opinión de las cátedras y de los Jueces, sumaría la del señor Ministro.

SEÑOR DA ROSA.- Insisto en la importancia que tiene escuchar la opinión de algunos Jueces. En esto, como en otras cosas de la vida, se plantea la diferencia entre el ámbito de la teoría y de la doctrina, y lo que es la realidad de los hechos; los Jueces deben conciliar estos dos aspectos y es muy importante ver cómo funciona. Es necesaria la discusión del tema para ver hasta dónde la actualización, modernización o adecuación de las disposiciones a las nuevas realidades permite avanzar sin alterar o poner en peligro la esencia del instituto de la legítima defensa, que está consagrado en el Código Penal como una excepción para el caso de que una persona agreda a otra ante una agresión previa o por una situación que la obliga a reaccionar y agredir a la persona.

SEÑOR PRESIDENTE.- Vamos a incluir el tema en el segundo punto del Orden del Día y enviaremos al señor Ministro una copia de la información llegada a la Comisión, quien determinará si es viable darnos su opinión el próximo martes o prefiere venir en otro momento.

SEÑOR LORIER.- Comparto en gran medida las palabras del señor Senador preopinante en torno a la necesidad de adecuar la ley a la realidad, a sus dinámicas y modificaciones. En segundo lugar, con respecto a la necesidad de ampliar el ámbito de consulta, el señor Senador mencionaba invitar, además de los penalistas, a los Jueces. Creo que también podemos consultar a otro sector de investigadores que analiza los comportamientos sociales. En estos días, en los Estados Unidos, concretamente en el Estado de Florida, se produjo un caso que tuvo resonancia mundial y que ha generado, genera y sin duda seguirá generando reacciones de protesta de muy diverso tipo, en virtud de que un joven de color que iba con una capucha fue asesinado por uno de esos defensores de las formas paraestatales que existen en algunos lugares de Estados Unidos. El tema es que están los mensajes de este joven de 17 años recibidos por su novia que dicen algo así como: “Me están siguiendo”, “Hay una persona que me sigue”, así como su pedido de auxilio. Luego, esa persona dispara y lo asesina. Sin embargo, los Jueces la eximen de toda culpa y no ha sido juzgada. Una de las cosas que en estos mismos momentos está ocurriendo en ese Estado y en otros de Estados Unidos es una formidable reacción, por suerte, de la sociedad norteamericana en torno a la necesidad de que se juzgue a quien cometió ese delito. Es más: el propio Presidente de Estados Unidos, Obama, dijo que, en razón de su raza, un hijo suyo podría haber recibido ese balazo y esa muerte.

Como muy bien decía el señor Senador, estamos viviendo en un mundo lleno de complejidades en torno a estos temas y, sin duda, se necesita –como dije al comienzo– ser realistas y hacer una adecuación; pero paralelamente hay que tener en cuenta todos los procesos desencadenantes que estas cuestiones pueden traer en el seno de una sociedad, ya que lamentablemente todo hace prever que seguirán aumentando las situaciones de violencia. Más allá de cuestiones represivas vinculadas a la temática de la seguridad, existen algunos elementos que provienen de las estructuras mismas de esta sociedad que, como dije, van a ir generando el incremento de hechos de violencia.

Por lo tanto, más allá de que respaldo la idea de recibir a penalistas y jueces, me atrevo a decir que quizás deberíamos darnos la oportunidad de abrir un interesante debate haciendo participar también a quienes desde otro ángulo puedan mostrarnos qué reacciones de tipo sicosocial se pueden producir cuando legislamos en esta materia. Esto lo digo en términos más genéricos y no solamente con respecto al proyecto de ley presentado por el señor Senador Gallinal. Diría que se necesita un enfoque multidisciplinario de manera de ampliar aún más nuestra mirada, ya que nos enriquecería a todos y nos permitiría avanzar –si así lo necesitáramos, ya que nos guste o no, son temas que en el futuro estarán en la agenda– con mucha más solvencia, teniendo en cuenta también hechos y sucesos que están ocurriendo en otras partes del mundo, que hoy mismo conmueven y son generadores de

fuertes reacciones de aquellas partes de la sociedad que todavía tienen un grado de racionalidad importante en estos temas.

SEÑOR ROSADILLA.- Antes que nada, quisiera disculparme con los señores Senadores que no estaban presentes al momento de ausentarme para asistir a un acto e indicar que quizás repita algunos de los temas ya planteados.

Me gustaría resaltar tres cosas. En primer lugar, creo que es muy buena esta discusión; si algo no debe suceder es que todo quede como está. Podremos variar en las formas, en las profundidades y en las laxitudes, pero hay cosas que se deben cambiar y eso rompe los ojos.

En segundo término, creo que es fundamental precisar el bien que se defiende, porque no es lo mismo cuando alguien entra dentro de su casa que cuando alguien está en el fondo metiendo las gallinas dentro de una bolsa, aunque todo puede ser parte de una propiedad o de una casa.

En tercer lugar, quiero decir que no se enfrentan armas, es decir, no es un revolver contra un cuchillo o un palo contra un revólver o un cuchillo, sino que son personas armadas. Entonces, en esa dinámica, cada situación es distinta. Por ejemplo, una persona mayor con dificultades de movilidad y sus fuerzas disminuidas en posesión de un revólver no es más fuerte que una persona joven con un palo en la mano; si la persona mayor deja que el joven se acerque con el palo, el revólver queda a un lado. Es decir, no se puede medir esto por las armas, porque sería como hacerlo con los calibres. Además, hay que tener en cuenta las circunstancias, pues una cosa es una persona que se encuentra sola y en determinadas condiciones físicas, pudiendo madurar mejor el momento exacto en el que hacer uso de la legítima defensa, y otra muy distinta es cuando la persona tiene menores, mujeres o personas con discapacidad o con capacidad reducida a su cargo. En realidad, cada situación es distinta. A su vez, sería distinto también que en el patio de la casa alguien esté empujando el auto, intentando sacarlo; en ese caso se puede medir mucho más lo que se debe hacer.

En definitiva, creo que es bueno considerar este tema, pues las cosas no deben seguir igual. Realmente no tengo formación en Derecho, pero debo decir que no sé por qué en algún momento se hizo una distinción tan tajante entre lo que sucede en el marco del hogar y lo que podría suceder, por ejemplo, en esta Sala, en la que alguien podría entrar armado a amenazarnos. Por lo tanto, bienvenida esta discusión; seguramente yo tengo mucho más por aprender que por decir aquí, aunque cuento con asesoramientos. Creo que es un buen camino que discutamos este tema y que demos respuesta a demandas que vienen de un conjunto muy importante de la sociedad.

SEÑOR PRESIDENTE.- Consultaremos al señor Ministro si se puede tratar este tema en su visita; es decir, el Ministro acudirá aquí para abarcar el otro tema y, si lo damos por concluido y él considera que está en condiciones de informar sobre la legítima defensa, lo tratará como un tema separado. De lo contrario, lo abordará en otra oportunidad.

Por otro lado, cada Bancada analizará quién puede aportar sobre este tema, sobre todo en aspectos novedosos. Creo que es bastante complejo; el señor Senador Gallinal insiste en la presunción y quizás tenga información jurídica al respecto. Ahora bien, la presunción no exime de la responsabilidad, es decir, se puede tener en cuenta en principio, pero no pueden obrar las mismas circunstancias de legítima defensa si la persona –el criminal o delincuente– es abatida por la espalda, por más presunción que haya, cuando se estaba yendo con su botín e, incluso, termina muriendo unos cuantos metros fuera del local. Repito: creo que el tema de la presunción no exime de la responsabilidad. Por tanto, pienso que habría que estudiar todo el tema de la responsabilidad en su conjunto y luego analizar la presunción.

No habiendo más asuntos, se levanta la sesión.

(Es la hora 15 y 44 minutos.)